2.

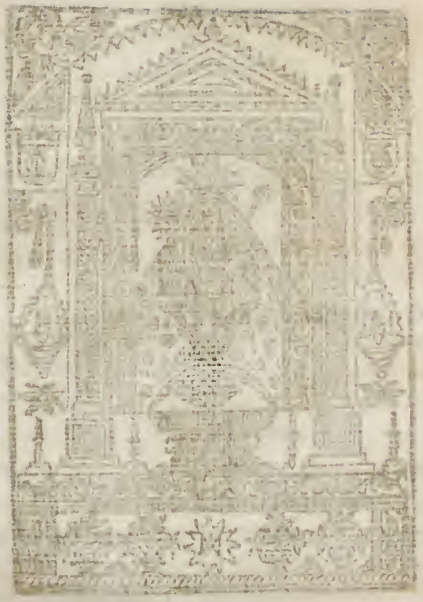
POR D. MADALENA

SOTELO, VEZINA DE LA CIVdad de Malaga, viuda de el Capitan Don Fernando de Silva Sanmartin, vezino que fue de ella.

*** EN EL PLEYTO, ***

CON D. ANGELA, Y D. ANA Luysa de Silva, hermanas del dicho Don Fernando, que han salido à èl.

Impressa en Granada, en la Imprenta de Francisco de Ochoa.



POR

D. MADALENA

SOTELO, VECINA DE LA CIU-
dad de Malaga, viuda de el Capitan Don Fer-
nando de Silva Sanmartin, vezino que
fue de ella.

*** EN EL PLEYTO, ***

CON D. ANGELA, Y D. ANA

Davila de Silva, hermanas del dicho Don
Fernando, que han la dido á él.

Por Diego Fernandez, en la Imprenta de Francisco de Ocheo.

N. 1. PRESVPVESTO EL HECHO que resulta de los Autos, y prouanças de este pleyto, (de que nos valdremos en lo precisso) se reduze la pretension destas partes, à que el dicho D. Fernando de Silua su marido la instituyò por heredera vniuersal de todos sus bienes, derechos, y acciones, y que lo dispuso assi en presencia de el Escriuano, y suficiente numero de testigos, y que como tal ha de ser declarada, supliendo la sentencia de vista en este pleyto pronunciada.

2 Y las dichas doña Angela, y doña Ana intentan muriò el dicho Don Fernando abinteſtato, por lo qual han de suceder en la dicha herencia como sus hermanas, confirmando la dicha sentencia de vista, y para ello le oponen diferentes defectos à la dicha vltima volùtad, à que daremos satisfacion en su lugar.

3 Y para proceder con toda claridad diuidiremos este papel en dos partes, y se fundarà en la primera, la verdad de la vltima voluntad, y el efecto que tiene segun la disposicion de derecho, dando satisfacion à las dudas que de passo se ofrecieren: y en la segunda se responderà à los defectos, y objecciones que principalmente se han opuesto de contrario.

PRIMERA PARTE.

4 PAra satisfacer, y cumplir con lo que requiere este punto, reduciendolo à reglas, y principios ciertos, se assienta, que en la vltima disposicion de Don Fernando de Silva, que està prouada, y en ella la institucion de heredera, fecha à fauor de su muger, concurrieron todos los requisitos que para su perfeccion, y validacion convinieron, y fueron necessarios, que algunos Autores reduzen à dos, potestad, y voluntad, y otros añaden por tercero, el modo, forma, y solemnidad, quod nos non confitemur, siguiendo vna celebre doctrina de Bald. *in conſ. 326. num. 2. libr. 1.* in illis: *Hæc tria canonicant omnes actus*

actus humanos scilicet potestas, voluntas, & modus, nam sine potentia nihil ad actum deducitur, & sine voluntate nihil consensu perficitur, & sine modo nihil in finem suum dirigitur, vbi enim non tenetur modus ordinatus ibi non potest quis adipisci finē, quia destructo modo, destruitur ordo, & ordinatio nihil valet. Y esta regla, aunque es general para todos los actos, y disposiciones, la acomodan muy en particular à la testamentaria, y vltima voluntad de los difuntos, vt probat, & prosequitur D. Castillo, *lib. 4. cap. 5. à num. 1. cum seqq.*

5 Y todos estos tres requisitos parece se hallan en esta vltima voluntad, y disposicion de que tratamos.

POTESTAD.

6 POr que lo primero, para fundar la que tuuo Don Fernando de Silua para nombrar, y dexar à su muger por su heredera no necessitò de disputacion, siendo regla vniuersal, que cada vno puede disponer de su hazienda como le pareciere: *Tamquam bonus moderator, & arbiter, l. in re mandata, ff. mandati, l. 2. ff. si aparente quis fuerit manumissus*, ibi: *Quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem, §. per traditionem instituta, de rerum diuis.* ibi: *Nihil enim tam conueniens est naturali equitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferri ratam haberi.* Y esto muy en particular en las vltimas voluntades, que tienen amplia facultad de derecho por las razones contenidas en las mismas leyes, vt *in l. 1. C. de sacrosanct. Eccles.* ibi: *Nihil enim est quod magis hominibus debeatur, quam vt suprema voluntatis, post quam iam aliud velle non possunt, liber sit stilus, & licitum, quod iterum non reddit arbitrium. Auth. de nuptijs, §. disponat, collat. 4.* ibi: *Disponat itaque vnusquisque in suis, vt dignum est, & sit lex eius voluntas, sicut, & antiquissima nobis lex, & pene prima Reipublicæ Romanorum disponens ait (dicimus autem duodecim tabularum secundum antiquam, & patriam linguam, ita dicens: vti legassit quisque de re sua, ita ius esto) nullo valente citra illius voluntatem, nec si sacram impetret formam, nec si quis piam aliud omnium aliquid disponere malit. Auth. de hæredib. & falcid. §. quia vero, collat. 1.* ibi: *Quia lex eis etiam*

sepul-

sepultis ministrabit, & quæcumque illi disposuerint, ad effectum ipsa perducet, facit text. in l. omnium 19. §. nec sane, vers. Omnibus etenim, ibi: *Vt libero arbitrio cui testandi facultas suppetit, successorem suum oblatis precibus possit declarare, & stabile sciat esse quod fecerit, nec institutus hæres pertimescat, &c.*

7. Y aunque en las disposiciones de los que tienen hijos, y descendientes, ò padres, y ascendientes se halla limitada esta facultad por las leyes que los hazen herederos forçosos en las partes, y porciones contenidas en ellas, vt habetur *in l. 6. Tauri, quæ est l. 1. tit. 8. lib. 5. nouæ Recop.* vbi DD. mas no se halla en esto limitada para con los hermanos, y parientes transversales de el difunto, si no libre facultad de omitirlos, ò exheredarlos, y dexar la herencia, y bienes à quien quisiere, (*modo sit honesta persona instituta*) assi por derecho comun, *iuxta l. 1. & toto tit. ff. de inofficios. testam. l. fratres, & C. fratris, C. eodem tit. Authent. de hæredibus, & falsis, in princip. collat. 1. §. soror, institut. de inofficios. testam.* como por derecho real, *ex l. 2. tit. 7. part. 6.* ibi: *E todos los otros parientes que son en la linea de trauesso, maguer que los vnos pueden heredar â los otros, seyendo los mas propincos, si non quieren fixos, ê muriendo sin testamento: con todo esto qualquier que faga testamento puede desheredar en êl â los otros, si quisiere, tambien â sin razon como con razon, ê puede â otro estraño, y establecer por su heredero, ê heredarâ todos sus bienes, maguer non quieran estos parientes â tales, ê aunque el testador non ficiesse mencion de ellos en su testamento, & in l. 12. eodem tit. & part. 6. E dezimos, que el vn hermano puede desheredar al otro con razon, ê sin razon, ê aunque non ficiesse mencion del en el testamento, puede dexar lo suyo â quien quisiere quando non ouiere fixos, nin otros que descienden de el de la liña derecha, nin padre, nin abuelos, &c. Prosequuntur DD. in his locis, & Antonius Gomez, tom. 1. variar. cap. 11. â num. 37. Gutierrez, in repetitione, cap. quamuis pactum, num. 42. de pact. in 6. & D. Castillo, lib. 2. controu. cap. 19. num. 1. & seqq. cum alijs multis.*

8. Y assi no se atiende à las frequentes, y comunes quexas con que quedan ordinariamente los hermanos quãdo los dexaron omitidos, y sin la herencia dexada à otros estraños, como lo nota la Glossa *in margine, in l. cum oportet 6. in princip. vers. Sic etenim, C. de bonis quæ liberis,* donde dize: *Fratres grauius ferunt se â fratre, quam ab extraneo expoliari,* por que

las leyes disponen lo dicho sin embargo, *vt in dict. l. 2. partit.* ibi: *Maguer non quieran estos parientes à tales.*

9 Ni menos à razones de congruencia, por que el testador las pudo considerar todas, y atendiò à las que le parecieron, y no serian muy estrañas en fauor de su muger, cõsiderando, que el susodicho se ausentò, y la dexò pobre, y desamparada, y empeñado parte de su dote, y que se estuuo el dicho en las Indias por mas de siete años con sus conueniencias, y que en el interin la dicha doña Magdalena passò muchas incommodidades, necesidades, y trabaxos, y que el padre, y hermanas de el difunto tenian bienes de vinculo, y otros raizes con que passar, y assi en esta parte no parece que queda razon de arbitrio, quando demàs de hallarse en fauor de dicha viuda la disposicion de su marido, y de las leyes se halla tambien la de congruencia por dicha consideracion, conducit sententia Quintiliani, *in declamatione 264.* ibi: *Nec me confundit quod ex diuerso sunt propinqui, iacent, vt volent sanguinis coniunctionem. Ego intelligo quasdam fuisse causas propter quas is qui hos cognatos habebat, alijs moreretur heredibus.* Y sobre todo se ha de cumplir la disposicion, pues tuuo potestad para mandarlo assi, y aora veremos si fue cierta, y perfecta la voluntad, que es el segundo requisito.

VOLVNTAD.

10 NO es de menos importancia este segundo requisito de la voluntad, si no principalissimo para la fuerça, y efectos de la disposicion, y assi el señor Don Iuan de el Castillo, *libr. 4. cap. 8. num. 1.* entra el discurso de lo que trata, diziendo: *Inter omnes constare ac certi iuris esse testatoris voluntatem in vltimis voluntatibus prædominari in omnibus, & tamquam reginam primum dotum obtinere, & ideo præcipue spectandam atque obseruandam ad vnguem, & totum facere, nec circumueniri debere, nec inimia verborum subtilitate subuerti.* Trayendo muchos textos, y doctrinas de graues Autores, y va prosiguiendo desde el *num. 2.* en que se amplia no solo en la voluntad que se halla expressa, si no tambien en la tacita, y lo continua por los capitulos siguientes.

11 En el caso presente no tenemos necesidad de pre-

presunciones, ni conjeturas, ni de otras interpretaciones, teniendo clara, y expressa la voluntad de don Fernando en todo lo que dispuso, y en particular en la institucion de su muger heredera, por que como considera el señor Don Iuan de el Castillo, en el dicho *lib. 4. cap. 10. à num. 6. cum seqq.* no ay necessidad de valerse de presunciones, ni conjeturas, ni interpretaciones, quando la disposicion de el difunto està clara en sus palabras, de que no es licito apartarse *ad quod (vt solet) adducit multa iura, & authores.* Y principalmente lo confirma con la resolucion de la *l. non aliter, ff. de legat. 3.* y con la decision de la *ley Real 5. tit. 33. part. 7.* ibi: *Las palabras de el facedor de el testamento deuen ser entendidas llanamente, assi como ellas suenan, y no deue el juzgador partir de el entendimiento de ellas, fuera siendo quando pareciera ciertamente que la voluntad de el testador fuera otra, que no como suenan las palabras que estan ciertas.* Mayormente quando son disposituas, que *per se, & suapte natura indiscriminatim disponunt, siue referantur ad heredem, siue ad alios*, vt prouat idem Dom. Castillo, *in eodem libro, cap. 46. num. 11.*

12 Lo qual sucede en esta disposicion, pues se halla todo lo que dixo Don Fernando de Silua, ajustado, y aueriguado concluyentemente, por ser cierto que eligiò sepultura, y advirtiendole que la declarasse, dixo que en San Francisco: nombrò Albaceas, y advirtiendole, que vno estaua ausente, nombrò à otro: instituyò, y dexò por heredera à su muger: reuocò todos otros qualesquier testamentos que huuiesse hecho, y se dispuso à firmar, tomando la pluma para ello, y queriendolo executar no pudo, con que todas estas cosas son muy claras, y que no reciben duda, ni nos podemos apartar de ellas, y se concluyò, y perficionò este acto con auerlo assi otorgado, y dado poder, todo por palabras expressas, disposituas, y claras, y en presencia de el Escriuano, y de muchos testigos, como fueron, el Licenciado Don Francisco Antonio Fernandez Caceres, Cura de Santiago, Don Pedro Fernandez Caceres, Presbitero, su hermano el Doctor Don Iacinto Ramon, el Doctor Gonçalez, Medico, que fueron los que en el ingresso de este pleyto se examinaron, y despues han dicho lo mismo en quanto à la voluntad, y circunstancias referidas, Don Francisco Sotelo, Doña Ca-

tali-

talina Merodio su muger, y Don Felipe, y doña Leonor Maria Sotelo sus hijos, Nicolas Garcia, criado de Doña Magdalena, Maria Varanquezos, y Ana Faxardo, sus esclauas, que aunque son domesticos, y de la familia se les deue dar toda fee, y credito, por ser hecho que passò en la casa de el difunto, ex ratione textu *in l. consensu, §. super plagis, C. de repudijs.* D. Gregor. Lopez, *in l. 11. tit. 16. part. 3.*

13 Y de los testigos examinados de contrario dizen lo mismo que los nuestros, Don Fernando de Cordoua, doña Ysabel del Pozo, suegra de doña Angela Maria, Ana Martinez, y Maria Micaela, y Iuan Sanchez, oficial de el Escriuano, que siendo contra producentem, qualquiera bastara para que prouara plenamente, *l. si quis testibus, C. de testibus*, vbi Gloss. & DD. *l. 21. tit. 16. part. 3.* cum traditis per Farinacio, *de testibus, quæst. 62. illation. 10. num. 211.* Y lo que mas es, que no lo dificultan las otras partes, pues recurren à oponer otros defectos à la voluntad, suponiendo, y confessando con esto auer sido cierto lo que dixo, y dispuso el difunto.

14 Y aunque en la formalidad de las palabras huuiesse alguna diferencia en las deposiciones, y relaciones de los testigos, no importaria quando no se pretende fundar por esta parte la circunstancia de las palabras, si no la substancia de la voluntad à que conducen, que es la distincion que haze Iacobo Cancerio, *1. part. cap. 4. de testam.* donde distingue los casos de auerse querido restringir la parte à prouar la dicha formalidad de palabras, ò la substancia de la voluntad, y en lo segundo concluye, que no haze à el caso, que los testigos no conformen en las mismas palabras, vt constat *in dicto loco, num. 89.* donde dize, que pareciò bien esta distincion à el Senado.

15 Y quando de derecho, para la institucion de el heredero bastan qualesquier palabras que denoten la voluntad, vt notat Anton. Gom. *in l. 3. Tauri, num. 116. per text. in l. quoniam indignum, C. de testam. iuncta l. 6. tit. 3. part. 6.* Y que en los testamentos nuncupatiuos no es menester mas formalidad, si no que se manifieste la voluntad con los testigos, vt ait textus, *in l. in testamentis, C. de testamentis*, ibi: *In testamentis sine scriptis faciendo omnem formalem obseruationem pœnitus an putamus.* Et ibi: *Satis sit voluntatem testatoris, vel testa-*

tri-

tricis simul omnibus manifari, no queda duda de la certeza, y existencia de dicha institucion de heredera, y de lo demas q̃ està prouado auer dicho el difunto sobre lo referido.

16 Y en quanto à la perfeccion de la dicha disposicion consiste en examinar, si en algo se le halla alguna de las imperfecciones que consideran los DD. *in l. si is qui testamentũ 25. ff. de testamentis, & qui testamenta facere possunt*, por què segun las resoluciones que junta, y exorna el señor Castillo, *dict. libr. 4. cap. 21. per totum*. La vltima disposicion suele ser imperfecta, imperfectione, siue ratione incompletæ, vel nõ consummatæ voluntatis, vel imperfectione non completæ aut consummatæ solemnitatis, y de la primera, que es en el punto de la voluntad (de que hablamos en este segundo requisito) se hallan en dicho capitulo muchas cosas, que hazen euidente la perfeccion de la que inferimos en esta disposicion, como es, que el dicho difunto antes, ni despues de auer dicho, y otorgado las dichas clausulas no dixo que queria passar adelante à disponer otra cosa, si no antes muy al contrario, pues preguntando si queria dexar algunas mandas à sus hermanas, dixo, que ay quedaua su padre, entendiendolo como està prouado por su tio el señor Oydor de la Real Audiencia de Mexico, à quien llamaua padre, y no dixo què queria passar à otra cosa, ni difirió su disposicion para despues, ni para otro dia, con que quedò completa la disposicion ratione voluntatis, y para no serlo auia de auer mostrado lo contrario, que es la literal, y genuina razon de el texto, *in dict. l. si is qui testamentũ*, ibi: *Labeo tamen hoc verumesse existimat, si constaret voluisse plures eum qui testamentum fuit hæredes pronuntiare, explicat*, & prosequitur Dom. Castillo, *in dict. cap. à num. 44. cum seqq. num. 112.* donde aduierte: *Tamquam valde notabile, & quod non potest prætermitti.* Que quando no se prueua, que el difunto quiso passar adelante à disponer otra cosa, es presuncion, que no quiso disponer mas, ni alterar lo que ya dexaua dispuesto, y prosigue en los demàs numeros el caso de auerle sobreuenido muerte, ò impedimento despues de lo hecho, de que le resultò faltarle el poder proseguir, por que en tal caso, todos los Escritores tuuieron por perfecto, y cumplido todo lo que hasta entonces auia hecho,

cho, vt constat ex illis verbis: *Nam cum talis scriptura imperfecta præuento testatore per mortem, vel per impedimentum, ex quo illi sublata fuit omnimoda potentia illam perficiendi, coram eo non potuisse relegi, vt ab ipso approbaretur: omnes scriptores habuerunt pro completo, & expedito, & istum esse casum in quo non requiritur relectio testamenti nuncupatiui.* Y trae vna excelente doctrina de Peralta, *in l. si quis in principio testamenti, ff. de legat. 3.* que pone los casos que pudieron sobreuenir, y reduze la perfeccion de la voluntad à la prouança que despues se hiziere de ella hasta aquel estado, y alli se refiere toda la doctrina literalmente: y este es caso mas apretado que el que tratamos, por que en el nuestro, Don Fernando de Silva concluyò perfectamente todo el contexto de su disposicion, y viuiò despues hasta el dia siguiente, y no mudò, ni diò à entender queria mudar, ni alterar cosa alguna.

17 Concurre con lo dicho la clausula reuocatoria de otros qualesquier testamentos, y el offrecerse à firmar, y hazer diligencia para executar lo que son actos de omnimoda perfeccion con que los Escriuanos concluyen los testamentos reduzidos à escritura, y se tiene por vltima solemnidad, y demonstracion de lo hecho, vt constat ex traditis ab Espino, *in speculo testamentorum, gloss. 30. principali*, & Dom. Castillo, *dict. lib. 4. cap. 99.* Y todos los formularios de escrituras, y el comun estilo.

18 Y en conclusion se confirma la dicha perfeccion con lo que consta auer dicho en aquella ocasion el Escriuano que se hallò presente, videlicet, ya esto es hecho, y otras equiualentes palabras de que se comprueua, y confirma tambien la perfeccion de la voluntad, vt notat idem Dom. Castillo, *dict. cap. 21. num. 47.* in illis: *Et magis quoadiuuatur quando notarius qui testamentum ipsum conscripsit adiecisset clausulam illam actum, &c. Nam clausula illa significat testatorem habuisse testamentum pro perfecto, & absoluto, ad quod adducit Menochius, de præsumption. lib. 4. præsumpt. 5. cum alijs ab eo relatis.* Y de la naturaleza de dicha clausula *actum*, y de la clausula *factum*, se denota acto perfecto, & quod nihil restat, agendum, ex traditis à Barbosa, *de axiomat. litter. A. axiomat. 11. num. 1.* & Dueñas, *in eodem tractat. & littera, num. 107.* Y el

mis-

mismo Barbosa, *in eodem tractat. littera F. axiomat. 93. nu. 13.* & Dueñas, *in eadem littera, num. 63.* & Dom. Salgad. *de Reg. protect. 4. part. cap. 14. à num. 252.* y el mismo Barbosa, *in tractat. de clausulis, clausula actum 2. num. 5.* donde habla, y resuelve lo mismo para la perfeccion del testamento.

19 Con que queda manifiesta la perfecció de dicha voluntad en todo lo que dixo, y concluyen los testigos.

20 Y finalmente se halla esta voluntad circunstanciada, y corroborada con todos los quatro requisitos substanciales con que se forman las disposiciones, y titulos que causan sucesion legal, en fauor del heredero, videlicet, persona que dispone que fue Don Fernando, persona en cuyo fauor dispuso, que es Doña Magdalena su muger materia en que caiga la disposicion, que es su hazienda, forma substancial que fue la institucion, ex quibus resultat omnimoda perfectio, & validitas dispositionis, ex traditis à Simon de Prætis, *de interpret. vltim. volunt. lib. 2. interpret. 1. dubitat. 1. solut. 5. num. 4. & 5.*

21 Con que no nos detenemos mas en este requisito, y passamos à el modo, y forma de dicha disposicion, que es el tercero requisito que permitimos.

MODO, FORMA, Y SOLEMNIDAD.

22 EN quanto à este tercero requisito, es cosa llana, y manifiesta, que la solemnidad que se requiere en el testamento nuncupatiuo, que llamamos auierto, si se haze con Escriuano son necessarios tres testigos vezinos, y sin Escriuano cinco testigos, *l. 1. & l. 2. tit. 4. libr. 5. Recop.* y en ellas Matienço, y Azeuedo, y otros DD. y en la *ley 3. de Toro*, que està recopilada, *in dict. l. 2. Recop.* y que la misma solemnidad se requiere en el poder que el testador da à otra persona, para que haga el testamento en su nombre, por la *ley 31. de Toro, quæ est lex 13. dict. tit. 4. lib. 5. Recop.* vbi etiam DD.

23 En este caso no parece auerse hecho testamento, si no poder para testar, con la misma solemnidad, porque se hallò, y concurriò la presencia, y assistencia de Gerohimo

mo de Leyba, Escriuano, llamado para este efecto, y los dichos tres testigos, y aun quatro, que se examinaron ante el Inferior, y aunque no se prosiguiò ante èl la informacion, se han examinado otros que exceden de el numero de los cinco, de que resulta auerse cumplido en la vna, y en la otra forma con la solemnidad de los tres testigos con Escriuano, y de los cinco aunque no assistiesse Escriuano, por que no es de substancia, que concurra aunque lo aya en el lugar, segun la lectura de la dicha ley del Reyno, que siguen Burgos de Paz, y Azeuedo, quos sequitur Flores de Mena, *lib. 1. variar. quæstion. quæst. 1. num. 28.* & Dom. Præses Couarr. *in cap. cum esses in princip. de testam.* Anton. Gom. *in dict. l. 3. Tauri, nu. 47.* vers. *Quæro tamen*, & Marienço, *in dict. l. 1. Recop. glos. 3. nu. 6.* vers. *Sed quæstio esse solet.*

24 Y la llamada, presencia, y assistencia de el Escriuano es suficiente con los testigos, aunque èl no escriuiera, por que auiendo el difunto declarado perfecta, y enteramente su voluntad, aunque huuiesse llamado Escriuano, y no escriuiesse, no causará nulidad, ni defecto à la substancia de dicha voluntad, si no solo à la de el instrumento, que no será escritura publica, mas podrà despues publicarse, y comprouarse la disposicion por la deposicion de los testigos, por que la escritura en tal caso solamente se requeria para memoria, y prouança, y no para substancia de la disposicion, ni para añadir, ni quitar de ella, y assi el defecto de la escritura no vicia, como en este caso lo resuelue Flores de Mena, *dict. q. 1. num. 37.* ibi: *Quando testator coram testibus expressit suam voluntatem, ita perfecte, & integre, quod nihil amplius desideratur, & iussit adduci scriuam, vel quod præsens scriueret solum ad memoriam, & prouationem, & non ad substantiam, neque adiiciendum, nec diminuendum, & hoc constat ex his quæ antea vel post testamentum dixit, vel alijs indicijs, & coniecturis, tunc lectio vel publicatio non erit necessaria ad substantiam testamenti, sed solum ad substantiam scripturæ: & si omittatur non erit scriptura publica, ex l. 13. tit. 25. libr. 4. Recop. poterit tamen postea testamentum publicari ex depositione testium, ex his quæ Azeuedus ibi notat; Nam non ex eo quod vitietur scriptura vitiatur contractus, vel testamentum si aliunde potest prouari ex Azeuedo vbi supra.* Y en nuestro caso la

vo-

voluntad del difunto, fue manifestada à los testigos antes, y al tiempo, y despues de venido el escriuano, y no ay de donde inferir que quiso poner la fuerça della en que lo escriuiesse el escriuano, ni menos en que fundar que la omission de escriuirlo, ò las consideraciones que el escriuano dize auer tenido para no auer escrito deroguen la voluntad determinada del testador.

25 Sigueſe de lo dicho, que la informacion que por parte de de doña Magdalena se hizo ante el inferior, y otro escriuano de la dicha disposicion siruiò de publicacion, pues se haze esta diligencia ante Iuez competente, y por informacion sumaria: *leg. publicati, C. de testam. leg. 4. tit. 2. Partit. 6.* Y que el defecto de citacion de las otras partes se à suplido con la ratificacion que se à hecho en el plenario, y con mucho mayor numero de testigos, que todos concuerdan en la certeza de dicha voluntad, y disposicion, y esto solo basta para su validacion en el caso presente, sin otra publicacion, constando la voluntad nuncupatiua por testigos, aunque se lleuasse escriuano, que no es necessario otro requisito, vt optimè docet, & declarat Dom. Castill. *dict. lib. 4. cap. 21. num. 108. & 109. & seqq.*

26 Suele controuertirse sobre si los testigos deuieron ser llamados, y rogados por el testador, segun algunas doctrinas, y disposiciones de Derecho comun, en lo qual por Derecho Real no se expressa en dichas leyes este requisito, y solemnidad con especialidad, mas aunque siguiessemos esta resolucion, la circunstancia de ser rogados no excluye, que assistiendo los testigos al tiempo de la disposicion con aduertencia, y que el testador quiso testar en presencia dellos (como lo hizo) tenga el mismo efecto: *leg. hæredes palam, §. in testamento, ff. de testam.* ibi: *Quod sic accipiendum est, vt & si ad aliam rem sint rogati, vel colecti; si tamen ante testimonium certiorentur ad testamentum se esse adhibitos posse eos testimonium suum recte perhibere, cum tradd. à Fontanel. decis. 578. num. 5.* porque el intento de la ley es, que estèn apercebidos, y atentos à lo que el testador dispone, y q̃ no habla à caso, ni cõ otro respeto, conducunt tradita per Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 11. num. 8.* D. Geronim. de Leon *decis. 40. num. 48. lib. 3.*

27 Suele tambien controuertirse si los testigos destas disposiciones han de tener la calidad de mayores de toda excepcion, en lo qual se halla que los examinados ante el inferior todos lo son, y independientes, y que aunque se corroboran con otros que son parientes, y domesticos, no por esto pierden su autoridad los vnos, ni los otros, porque los testigos menos idoneos se autorizan con los idoneos que deponen lo mismo, y los vnos con los otros hazen entera fee, y prouança, vt probat Anton. Gom. *tom. 3. variar. cap. 12. num. 21.* cum adductis ibi, & Ayllon in additionibus ad eundem. Y assi, todos los que por esta parte han depuesto en fauor de la dicha voluntad la prueuan abundantemente: mas no es necessario que en semejantes disposiciones los testigos sean mayores de toda excepcion, sino basta que no sean incapaces, ni prohibidos de testificar en los testamentos, y que no se pruene lo contrario por la parte que le impugna, vt docet cum pluribus Flores de Mena, *dict. quæst. 1. num. 26.*

28 Sobre las demas solemnidades que se requieren, y estilan en el poder para testar, como son nombrar el heredero, albaceas, y sepultura, conforme à las leyes, y à la comun practica, y formulas destos instrumentos, todo se halla en esta disposicion, aunque no se escriuiò, pues està comprouado con los testigos, sin que se pueda poner duda alguna.

29 Como tampoco la aurà en que no le huuiesse comunicado el testador à la persona à quien dio la comission, y poder para testar lo que auia de hazer, en el transcurso de los quatro meses, porque con auer nombrado heredero en el poder, tiene ya en que obrar, poniendole en su lugar, y herencia, y cuydando de que se paguen las deudas, y todo lo que compete por el anima del difunto, ex *dispositione leg. 32. Tauri, quæ est ley 6. tit. 4. lib. 5. Recopil. iuncta leg. 10. & leg. 11. eodem tit.* explicant Spin. *de testament. gloss. 5. princip. num. 39. & seqq.* Siguença *de clausul. lib. 2. cap. 1. num. 34.*

30 Y en quanto à la solemnidad de que los testigos sean vezinos, tambien se à satisfecho con este requisito, y para considerarse por vezino, basta ser tenido, y comunmente reputado por tal, y hallarse como tal en el al tiẽpo de la disposicion, ad trad. per Matienç. *in l. 1. Recop. glos. 5. n. 2.* & alijs.

Con

31 Con que parece ser ajustado à las disposicio-es de Derecho, y comun estilo el dicho poder para testar, prouado en dicha forma, y con dichas solemnidades, y requisitos para los efectos que en el se contienen; y por el consiguiente auerse guardado en el modo, forma, y solemnidad necessaria en el tercero requisito que permitimos, y que por esta parte tambien se puede dezir la dicha disposicion perfecta, y completa, perfectione, & ratione non solum consumatæ voluntatis, de que diximos en el paragrafo antecedente, sino tambien ratione, & perfectione solemnitatis, de que hablamos en este, y assi concurrir en esta disposicion todos tres requisitos de potestad, voluntad, y modo.

32 Pero aunque faltara este vltimo requisito de solemnidad, no por esso peligrara la disposicion, porque quando esta no surte efecto por razon de testamento, quia deficiunt solemnitates, vale en fuerça de vltima voluntad, prouada por suficiente numero de testigos, etiam, que no interuenga escriuano: texto es expresso la *ley 1. tit. 4. lib. 5. Recopil.* ibi: *Y si se hiziere sin escriuano publico, que sean a lo menos cinco testigos vezinos segun dicho es si fuere lugar donde los pudiere auer; y si no pudieren ser auidos cinco testigos ni escriuano en el dicho lugar, à lo menos sean presentes tres testigos vezinos del tal lugar.* Conque sin mas requisito que la prouança de testigos, deue valer la vltima voluntad.

33 Y esto, no solo por disposicion de nuestro Reyno, sino tambien por Derecho comun, *leg. verbis legis. ff. de verbor. signific. dict. leg. si is qui testamentum. ff. de testament.* ibi: *Si is qui testamentum fuerit (primis hæredibus nuncupatis priusquam secundos expresserit obmutuisset, magis cœpit se ex testamentum facere, quam feciisset, itaque primos hæredes ex eo testamento non futuros. Labeo tamen hoc verum esse existimat si constaret voluisse plures hæredes pronuntiare.* De la qual decision, y de la Glosa ordinaria infieren los Doctores, que el testamento vale, y se tiene por consumado, quando se prueua la perfeccion de la voluntad, y que no quiso disponer nada en el nombramiento de los otros herederos. & ratio est, porque adonde consta de la expressa voluntad del que muere, sobra la escritura, porque vt supra diximus num. 24. solo se requiere para prouança, como en los demas ac-

actos que ordinariamente inter viuos celebrantur, *leg. contrahuntur. ff. quib. mod. pign. vel hypot. tacit. contrah.*

34 Y aunque parece que son de contrario sentir, y se suelen alegar como si lo fueran, Anton. Gomez *in leg. 3. Tauri, num* 105. Gracian. *cap.* 550. *num* 2. y Cancer. *lib.* 1 *variarum, cap.* 4. *â num.* 95. vers. *Vbi verò constat.* Sin embargo siguen nuestra sentencia, nempè, que si el testador pronunciò su voluntad con palabras dispositiuas, y animo de testar, aunque no estè en presencia del escriuano (etiam, que estè llamado) y antes que llegue muera, se tiene la voluntad por perfecta, y consumada, vt videre est ex ipsismet locis, que los refiere con esta inteligencia, que es la verdadera, Guzman *veritates inuis*, en la *verdad* 15. *num.* 8. *vsq. ad* 15.

35 Se corrobora esta resolucion considerando, que si la voluntad passò à disposicion, assi se llame al escriuano, ò no se llame, ò llamado se escriuiò el testamento, y por defecto de alguna solemnidad sea nulo, se puede prouar la voluntad por testigos, y valdrà in vim voluntatis, aunque no valga en fuerça de testamento, & vltra supra relata: es expressa la *ley* 1. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recopilat.* ibi: *Y que por ante estos solos* (nempè tabeliones) *passen los contratos entre partes, y las obligaciones, y testamentos, y si ante otros passaren, que las tales escrituras no hagan fè, ni prueua; aunque bien permitimos* (nota) *que se puedan prouar por otro genero de prouanças.* Con que se infiere clara, y constantemente que anulada la escritura, ò testamento, toda via valdrà el acto si por otro genero de prouança constare que se hizo.

36 Que es lo que dize Antonio Gomez *in dict. n.* 105. que quando la voluntad no passò perfectamente à disposicion, no se à de guardar ni como testamento, ni como voluntad, y lo mismo Cancerio *dict. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 96. vers. *Veritas est*, & Gratian. *dict. cap.* 550. *num.* 1. & 2. Rota nouissima *diuersorum* 173. *part.* 2. Con que constando que està instituyda doña Magdalena perfectamente con los requisitos, y circunstancias que dizen los testigos, no ay duda que es suya, y le toca la herencia de D. Fernando su marido.

37 Y se hallan tan dispensadas las solemnidades, y circunstancias en la materia de testamentos por el Derecho de nuestro Reyno, que siendo assi que es precisa la institucio de he-

heredero para que valgan, y tengan subsistencia, y que hasta entonces no lo tienen, §. *ante hæredis institutione, Instit. de legat.* §. *in primis, Instit. de fideicommissar. hæred. leg. fin. ff. de inre codicil. leg. iuuemus, de testament.* & ibi Doctores, y no ay esta necesidad, porque aunque no assista semejante circunstancia, no se vicia la voluntad, *leg.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. ibi: *Y mandamos, que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto â las mandas, y otras cosas que en el se contienen, aunque el testador no aya hecho heredero alguno.* Gomez *in leg.* 3. *Taur. nu.* 104. *& leg.* 8. *tit.* 6. *lib.* 4. *Recopilat.* Azeuedo *in dict. leg.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *num.* 85. *post medium.*

38 Quod in tantum procedit, que se puede asseguar que si el testador dispusiere algunas cosas perfectamente, ò ya sea por legado, ò en otra qualquiera forma, y no constare q̃ las quiso limitar, ni restringir, aunque fuera cierto q̃ quiso disponer otras, y no lo executò por auerle sobreuenido la muerte, toda via valdrà lo dispuesto, tenet Guzman vbi proximè *num.* 27. fundado en las leyes, y auoridades proximè relatas, ibi: *Præcipuè hæc procedunt hodie post dict. leg.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *per quam ego tenerem quod si (etiam nullo hærede nominato) aliqua testator, seu moribundus disposuisset perfecte, vel iusta legata, seu alias dispositiones, nec constaret, quod illas voluisset, restringere quamuis alia diuersa voluissei disponere (quod non fecit morte præuentus) nihilominus disposita tenerent, & probata valerẽt vt vltima dispositio morientis, nam dict. leg.* 1. *disponit, quod valeat testantium voluntas quoad legata, & alias dispositiones, etiam si nullus nominetur hæres.*

39 Y no serà de reparo si se dixere que quiso el testador reduzir su voluntad à escritura, y que no auiendose hecho, no se à de sustener como vltima voluntad, porque se satisface con que no cõsta desto, y que el mismo hecho de auer declarado su voluntad sin que se escriuiesse nada, califica quiso testar nuncupatiuamente.

40 Ni el acto de querer firmar persuade lo contrario, pues fue diligencia del escriuano para que llenando el blanco que dexaua despues de la firma, constasse de lo que nuncupatiuamente auia dispuesto.

41 Y todo cessa con que aunque el testador eligiesse hazer prouable su voluntad por instrumento publico, no se

juzga renunciò la prouança de testigos, vt tenet Castrensis *lib.* 1. *consil.* 307. ex text. *in leg. similes qui destinauerit* 3. *ff. de milit. testam.* ibi: *Neque enim qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiauit, nec credendum est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia, sed magis vtroque genere voluisse propter fortuitos casus, quemadmodum plerique pagini solent cum testamenta faciunt per scripturam adiicere velle hoc etiam vice codicilorum valere quisquam dixerit si imperfectum sit testamentum codicilos non esse? nam secundum nostram sententiam etiam Diuus Marcus rescripsit.*

42 Y todo cessa con lo que tenemos ponderado antecedentemente in num. 35. pues aunque la escritura falte, y no subsista por qualquiera camino, sin hazer caso della, à de valer la voluntad estando prouada; con que importarà poco que su animo fuesse de q̃ interuiniesse escritura, si despues de executado, viciandose, por qualquiera camino tiene fuerça la disposicion independientemente deste acto.

43 Con que siendo esta la vltima, y determinada voluntad del dicho don Fernando de Silva, no solo no se deue impedir, ni contrauenir, sino antes fauorecer, ayudar, y ampliar, pues lo haze assi el Derecho, y todos los Doctores desta facultad, y otros grauissimos Autores con encarecidas ponderaciones, que à cada passo se hallan, y especialmente

El Iurisconsulto Paulo *in leg. vel negare* 5. *ff. quemadmodum testamenta aperiantur*, dixo: *Publice enim expedit suprema hominum iudicia exitum habere.*

El Iurisconsulto Papiniano *in leg. hæreditas* 50. *ad fin. ff. de petitione hæreditatis*, dixo: *Quamuis enim stricto iure nulla teneantur actione hæredes ad monumentum faciendum; tamen principali, vel pontificali authoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.*

El Iurisconsulto Vlpiano *in leg.* 1. *ff. si quis omissa causa testamenti*, dixo: *Prætor voluntates defunctorum tuetur: & eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti, abintestato hæreditatem, partem vè eius possident ad hoc, vt eos circunueniant, &c.*

El Emperador Constantino *in leg.* 1. *C. de Sacrosanct. Eccles.* in verbis supra relatis ibi: *Nihil enim est quod magis hominibus debeatur, &c.*

Los

Los Emperadores Honorio, y Theodosio *in leg. omniũ* 19. ibi: *Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere.* Et ibi: *Omnibus enim præstandus enim censemus, vt libero arbitrio, cui testandi facultas supetit, successorem suum oblatis pretibus possit declarare: & stabile sciat esse quod fecerit. Nec institutus hæres permitescat, &c.*

El Emperador Marco *in leg. 2. C. vt in possessione legatorum*, ibi: *Ad publicam vtilitatem pertinere, vt satisdationes quæ voluntates defunctorum tuendæ gratia in legatis, & fideicommissis introductæ sunt eorundem voluntate remitti possunt.*

El Emperador Iustiniano *in dict. Authent. de nuptijs*, §. *disponat, collat. 4.* in verbis supra citatis, & maximè in illis: *Nullo valente citra illius voluntatem, nec si sacram impetret formam, nec si quis piam aliud omnium aliquid, aliter disponeret malit.*

El mismo Emperador *in Authent. de hæredibus, & falcid.* §. *quia verò, collat. 1.* ibi: *Quatenus, & viuentes relictis potiantur, & deficientes cum securitate moriantur: scientes quia lex eis etiam sepultis ministrabit, & quæcumque illis dispossuerint ad effectum ipsa perducent.*

La Glossa celebre in verb. *Vtilitate, in leg. Gallus Aquil. 29.* §. *quid si qui filium 6. ff. de liber. & posthum.* ibi: *Vel dic huiusmodi interpretatio admittetur vtilitate, idest, propter vtilitatem publicam ne testamenta rumpantur.*

Y alli la Glossa marginal añade: *Interpretatione benigna testamenta adiubanda sunt vt valeant.*

La Glos. verb. *Prohibetur, in leg. si mater 3. C. de inofficioso testamento*, ibi: *Interpretandum enim est in benigniorem partem, vt testamentum valeat, & vltima voluntas defuncti: vt ff. eodem, leg. si pars, ff. de regul. iur. leg. si in testamentis.*

Y de Derecho Canonico *in cap. vltima voluntas 13. quæst. 2.*, ibi: *Vltima voluntas defuncti modis omnibus conseruari debet.*

Y de los Autores Tulio *in Philippica 3.* ibi: *In publicis nihil lege grauius in priuatis autem firmissimum est testamentum.*

Seneca *controuers. 3.* ibi: *Interit omne ius, omnisque potestas si viui neglexerint imperia mortuorum.*

Quintiliano *declamat. 308.* ibi: *Et in more ciuitatis, & in legibus positum est, vt quoties fieri poterit defunctorum testamenta stetur: idque non mediocri ratione, neque enim maius videtur solatium*

mor-

mortis, quam voluntas vltra mortem, nec aliquid potest grauius quidquam videri, quam ipsum patrimonium si non integram legem habet vt cum omne ius nobis in id permittatur viuentibus, auferatur morientibus.

Plinio iunior *lib. 1. epist. 16.* ibi: *Sed ego propriam quandam legem mihi dixi vt defunctorum voluntates, etiam si iure deficerentur, quasi perfectas tuerer.* Et *lib. 5. epist. 7.* ibi: *Hoc si ius adspicias irritum, si defuncti voluntatem, ratum, & firmatum est, mihi autem defuncti voluntas (vereor quam in partem Iurisconsulti, quod sunt dicturus accipiant) antiquior iure est.*

Y Casiodoro *lib. 5. variar. epist. 21.* ibi: *Viuat tibi perpetuis saculis decedentium voluntas, transeant in posterum iudicio parentum.*

PARTE SEGVNDA.

RESPONDESE A LAS OBIECCIONES PRINCIPALES QVE SE HAN OPVESTO CONTRA LA DICHA DISPOSICION POR LAS OTRAS PARTES.

44 LO primero, y en que mas principalmente se à hecho la contradicion de las otras partes en este negocio, es en dezir, que don Fernando de Silva, no estaua capaz de su jnyzio al tiempo que hizo dicha disposicion (con que tacitamente confiessan que la hizo, y dispuso, y que necesitan de valerse desta excepcion para excluir el efecto de lo que dispuso ya la viuda de la herencia, y conseguirla las susodichas abinteſtato) y lo fundan en que despues de auer dicho todas las clausulas que estan prouadas, y estando ya perfecta toda la disposicion, se le preguntò por vno de los que alli assistian, que si queria dexar algo à sus hermanas, y que respõdiò: ai queda mi padre, y que su padre natural era ya muerto, de que quieren inferir que deliraua, y sobre esto ponen toda la fuerça de la prueua de la demencia, en tanto grado, que han querido extender la prouança con testigos propinquos, y domesticos à que en todo el tiempo de la enfermedad padecia el dicho defecto.

Y aun-

45 Y aunque la variedad, y poca firmeça, y razones con que deponen, juntamente con la afeccion, y dependencia que manifiestan con las partes contrarias, los inhabilita, y excluye conforme à las reglas, y principios vulgares de Derecho, y que por sus mismas deposiciones considerandolas separadamente cada vna de por si, se reconoceu, y no es facil repetirlas en este papel, que seria cosa prolixa, y dilatada, y conuertir este discurso à memorial del hecho, y pudiendonos remitir à el, y à la vista de las mismas prouanças, lo fundaremos con los discursos juridicos, que mas se adequan à las circunstancias deste caso para que conste con toda euidencia q̃ no hã podido las contrarias prouar la dicha demencia, y que doña Magdalena tiene aueriguada la capacidad, y entero juyzio de su marido al tiempo, antes, y despues de dicha disposicion, y que se deue anteponer ex seqq.

46 Lo primero, porque considerando, y atendiendo especialmente al hecho individual de aquellas palabras, que dixo: *Ai queda mi padre*, no se les deue dar el sentido que de contrario se à pretendido, de que hablaua de su padre natural, que ya era muerto, ni los testigos concluyen bien en afirmarlo, siendo palabras equiuocas, è indiferentes, y que se pueden adaptar à otro sentido, porque la prouança à de concluir *per necesse, & non probat hoc esse, quod ad hoc contingit ab esse, leg. neque natales, C. de probat. leg. non hoc, C. unde legitimi.* Et alijs multis ducti à Barbos. *de axiomatib.* verb. *Probare, axiomat.* 191. *num.* 2. Dueñas *in eodem tractat.* verb. *Probatio, num.* 186. Y el sentido verdadero es el que luego incontinenti dió, y explicò la dicha doña Magdalena quando se hizo el reparo, como lo dize vno de los testigos de la sumaria, videlicet, que lo dezia por el señor Oydor de Mexico su tio, à quien llamaua padre, por auer hecho con el obras de tal, y quedar para amparo de las hermanas, lo qual nadie repugnò; y es muy de ponderar esta declaracion hecha incontinenti, y sin premeditacion, circunstancia que la libra de sospecha, y vne totalmente con la verdad, *Authent. de æqualitate dotis, §. sin autem*, ibi: *Quod enim ab initio factum est in toto sine suspitione est, quod autem postea machinatum est introducit meditationem.* Ossasc. *decis.* 107. Menoch. *de arbitrar. casu* 91. *num.* 7. Demas, de que està prouado el dicho

comun estilo, y modo de hablar del testador, llamando padre al dicho sustituto, y este sentido es el que à de prevalecer para la interpretacion de lo que dixo *leg. non aliter 63. §. 1. ff. de legatis 3.*

47 Y tambien in casu dubio se deue preferir el dicho sentido en fauor de la sana mente del difunto, y de la vltima voluntad, y de la presuncion natural que les assiste, sin atender à la mas especial significacion del vocablo, ex regul. *dict. leg. non aliter, cum vulgat.*

48 Deinde, porque la presuncion natural es en fauor del juyzio, y sana mente del testador, y siempre se considera ad sustinendam eius dispositionem, vt pluribus probat Dom. Castill. *lib. 4. cap. 28. num. 10.* cum pluribus DD. ibi adductis, & à D. Petro Noguer. *aliegat. 25. num. 67.* per text. *in leg. codicillis*, iunct. ibi Gloss. verb. *Prohiberi, C. de codicil. leg. 2.* vers. *E otro si dezimos, tit. 14. Partit. 3.* cum alijs. Y assi se deuiò, y deue dar la inteligencia à aquella palabra, ajustandose al sentido que menos ofenda à la dicha presuncion natural, y à la validacion de lo dispuesto.

49 Rursus, porque de auer hecho el reparo los presentes sobre aquella palabra, se infiere, que en todo lo antecedente no auian considerado en que huuiesse defecto de capacidad hasta aquel estado, y que toda via en aquel punto estauan dudosos, y indecisos, y sobre todo, que consta por las deposiciones de los testigos de la sumaria en la repregunta que se les hizo por el Ordinario Eclesiastico, y por el Inferior, sobre que hiziessen juyzio del estado de la capacidad del difunto, desde que començò à disponer, hasta aquel punto en que dixo dichas palabras, respondieron en sus deposiciones en fauor de dicha capacidad, y entero juyzio en todo lo antecedente.

50 De lo qual resulta, que aunque (caso negado) las dichas palabras no tuuieran el sentido que està prouado, y se declarò incontinenti por la viuda, y que por lo menos que dasse dudoso, è indiferente, ò se entendiesse el mas perjudicial de auer empeçado à delirar en aquel punto, adhuc, todo lo hecho, y dispuesto antes, auia de quedar valido, y con entera fuerça, y firmeça, iuxta supperius fundata num. 38. y este es

el

el caso en terminos que propone Peralta *in leg. si quis, in principio, testamenti, num.* 43. cuyas palabras refiere à la letra, y sigue D. Iuan del Castill. *dict. lib.* 4. *cap.* 21. *num.* 112. *cum seqq.* De que auiendo dispuesto algunas cosas el testador con clara, y determinada voluntad, si llegò el lance de morir, ò sobreuino otro impedimento, no se vicia, ni altera cosa alguna en lo dispuesto.

51 Lo qual corre sin la menor duda en el caso presente, pues como consta de la deposicion de doña Ysabel del Poço, y otros testigos de las partes contrarias, esto sucediò despues de auerle puesto el papel à don Hernando para que firmasse, y de auerse recostado en la cama, con que auiendo sido *in ipso actu testandi*, que es quando se à de mirar la capacidad, importa muy poco que los testigos depongan de otros actos particulares, aunque dellos se pueda arguyr demencia, vt tenet Felin. *in cap. licet ex quadam, de testib. num.* 2. *in* 2. *falent.* Alexand. *consil.* 92. *num.* 20. *lib.* 1. Marant. *in leg. is pò test. ff. de acquirend. hæredit. num.* 130. Ruin. *consil.* 67. *num.* 2. *&* 9. Mascard. *de probationib. conclus.* 827. *num.* 8. Tusch. verb. *Furor, concl.* 541. *num.* 34. *&* 88. Farinac. verb. *Furor, num.* 292. Paul. Rub. *resolut.* 15. *num.* 184.

52 Confirmase mas lo dicho con que en aquel estado se proponia al testador que dexasse alguna manda à sus hermanas; luego conocian que estaua capaz de disponerla? Y que lo auia estado en lo antecedente, y que era cierta, y perfecta la disposicion ya hecha de institucion de heredera en su muger por lo dicho, y porque no se le pedia ya sino vna manda para dichas hermanas, y no se reparò en la capacidad hasta que quien intercedia por ellas viò que no les queria dexar cosa alguna, y entonces fue el reparo, assiendose de aquella palabra equiuoca, y tan fuera de tiempo, que si dixera, que les queria dexar manda, era necessario hazer vn codicilo separado por nueua voluntad, por hallarse perfecta la del testamento.

53 Demas de lo dicho, y discurrido en los requisitos que se necesitan para que conste de *non sana mente*, supuesta la regla, y presuncion general que assiste à lo contrario, vt supra diximus, y que por parte de doña Magdalena està hecha

abun-

abundante prouança de dicha capacidad, es necessario ver como prueuan las partes contrarias la incapacidad que deuen prouar concluyentemente, segun el *cap. cum dilectus 5 de succes. abinteſt.* ibi: *Niſi præfatus Epiſcopus legitime probaberit ſupradictum Archipresbyterum ſuæmentis compotem non fuiſſe, cum vltimam voluntatem expreſſit.* Vbi Barbos. *num.3. leg.2. tit.14. Partit.3.* ibi: *Ca tenudo es el que eſto razona de lo prouar, maguer ponga ſu razon en manera de niego, è eſto tuuieron por bien los Sabios antiguos por eſta razon, porque ſoſpecharon que todo ome es cuerdo en ſu memoria, haſta que ſe pruena lo contrario.* Ex traddit. à Dom. Caſtill. *dict. cap.21. num.22. & in dict. cap.28. num.20.* Y ſe hallarà, que fuera del caſo, y razon eſpecial que infieren de dichas palabras, no dan otra razon concluyente, y han de ſer muchas, y muy eſpeciales las que deuen dar para contraſtar la preſun cion natural, y la prouança de ſana mente, vt conſtat ex tradit. in eodem *cap.22. num.28.* Porque no ſe prueua por vn ſolo acto, ni por vna palabra, ſinó an es es neceſſario que ſe prueue de mucho tiempo, y actos continuados, vt trad. *in dict. cap. 28. num.46.* cuyo lugar citá para eſte propoſito, y ſigue Noguer. vbi ſupr. *num.77.*

54 Y tambien es neceſſario que los actos, y palabras ſean preciſas, y que neceſſariamente concluyan, y que no puedan caer en perſonas de juyzio, vt probat Noguer. ſuprà *num.69.*

55 Pues en el caſo preſente à penas ſe halla el diſcurſo, y reparo que ſe hizo de dichas palabras, y lo que mas puede alegarſe es lo que dizen paſsò en el conocimiento del eſcriuano quando entrò à hablarle, lo qual no pertenece à demencia, ni es acto preciſo della; antes ſi argumento claro de ſu mucha capacidad, y conocimiento, pues ſi no le tuuiera, no dixera lo de gato, ò ladron, q̃ preſupone certeza en el ſugeto, ſin que ſe pueda inferir que eſtaua dementado, por auer hablado eſtas palabras hiperbolicas, que no caben en quien no tiene juyzio, ex doctrina Bart. *in leg.2. ff. de bonor. poſſeſſ. infanti, vel furioſ.* Noguer. *alleg.25. num.68.*

56 Y no fuera mucho que don Fernando al principio huuieſſe tenido alguna duda en el conocimiento del dicho eſcriuano quando auia ſalido moço de Malaga, y eſtado tanto

tiem-

tiempo ausente en Indias, y que estaua recien venido, à que se juntò la grauedad del achaque, que todo disculpa si huuo alguna tardança en el conocimiento. Fuera de que esto sucediò mucho antes que se empeçara el testamento, como tambien sucediò lo de la memoria que dixo se le auia caido en el mar. Y esto bien considerado fue vna lamentacion de la falta que le hazia este papel, y solicitar escusarse de testar, persuadiendose à que no estaua tan malo como lo dize el Doctor Ramon, pues quando se apartò à hablar con los circunstantes del testamento, dixo el enfermo, no ay que andar, testar, ò no testar, porque lo poco que ay es todo de mi muger, y lo que yo he trabajado no quiero se lo lleue otro, razon que totalmente destruye la incapacidad que se arguia de la antecedente, pues si no la tuuiera, no percibiera lo que se trataua, ni hablara tan à tiempo, quia furiosus caret sensu, & intellectu. Tusch. *concluſ.* 540. Spino *in ſpecul. teſtam. rubric. part.* 10. *num.* 1. Dom. Castill. *lib.* 4. *cap.* 28. *num.* 9.

57 Deinde, la prouança hecha por doña Magdalena, demas de tener por si la presuncion del Derecho con que se prefiere, tiene tambien aueriguado el buen juyzio, y capacidad, y esto se acredita con la qualidad de la misma disposicion, que es vna de las mayores prouanças del juyzio, siendo toda ella concertada, y sin defecto de demencia, lo qual es tan digno de atencion, que aun prouandose que el difunto solia tener interualos, si se hallasse que lo dispuesto era ajustado à Derecho, y razon, y sin defecto, se à de entender que en aquel tiempo *erat ſane mentis*, como por autoridades de Menochio, Mascardo, el señor Molina, y Mieres, prueua el señor Castillo *dict. cap.* 28. *num.* 52. y se comprueua de la doctrina del señor Greg. Lop. *in leg.* 13. *tit.* 1. *part.* 6. *gloſſ.* 6.

58 Y aunque estuuiessemos en concurso de iguales prouanças, siempre se preferirà la desta parte, assi por llegarse mas à la presuncion del Derecho, y conseruacion de la vltima voluntad, como por hallarse esta con dicha razon, siendo assentado que los testigos que deponen de sanamente, aunque sean en menor numero, se prefieren à los que deponen contra ella, vt pluribus probat Castill. *dict. cap.* 28. *num.* 24. & Nog. *dict. alleg.* 25. *n.* 71. Sesse *deciſ. Arag.* 56. *n.* 4. & adeò proce-

dit, que aunque fuessen mas de dos solos afirmatiuos de sana mente, se prefieren à mil de contrario, vt cum alijs trad. idem Dom. Castillo *in cap. 22. num.* 101.

59 Sin que obste que el escriuano que fue llamado, y assistiò à esta disposicion no la pusiesse por escrito, y se dexasse lleuar del reparo de la demencia por aquellas palabras, por que esto no fue suficiente para que lo escusasse, y porque en esta materia se està poco à lo que depone el escriuano, quia agit de honore proprio, aut vituperio en afirmar la sana mente quando escriue, y negarla quando no escriue, vt constat ex trad. à Dom. Castill. *dict. cap.* 28. *num.* 41. *cum duobus sequentib.* vbi plures refert. Y no fuera facil, ni verosimil que el escriuano que no escriuiò à la letra la dicha disposicion, ni mostrò razon della al principio del pleyto, sino antes escriuiò por abintestato huuiesse de afirmar otra cosa.

60 Lo segundo, en que se puede hazer reparo sobre el modo de dicha disposicion por las preguntas, y repreguntas de los circunstantes, *ad leg. iubemus, C. de testam.* se excluye con que en esta materie del testamento que se haze ad interrogationem, & responsionem, ay diferentes limitaciones, y las trata largamente el señor Castillo *in dict. lib.* 4. *cap.* 27. *per tot.* donde en el *num.* 81. con otros que cita, queda con la resolucion de que tam de iure commune, quam de iure Regio, no auiendo sospecha de fraude, ni cosa que contraste la certeza de la voluntad del testador, y constando que entendiò, y quiso, y dispuso lo que se à prouado, no tiene invalidacion, ni otro defecto.

61 Y no obsta que se aya opuesto que doña Magdalena no se valiò al principio del testamento nuncupatiuo, y que dixo auia noticia de que don Fernando hizo otro en Mexico, ò al tiempo de embarcarse, en que lo dexaua por su heredera, y alegò auia de percebir su dote, y mitad de multiplicado, cosas todas opuestas al dicho testamento, porque se satisface con que no es facil que vna muger sepa la forma que se tiene en la confeccion de semejantes disposiciones, ni si es necessario que se escriuan, ò si bastara que se pruebe la voluntad sin esta dependencia, puntos muy de apicibus, y que en personas que no professan esta facultad son impropios, y assi

la

la ignorancia de Derecho le escusa, y saca à salvo desta oposicion, *leg. regulus. in princip. ff. de iur. & fact. ignor.* Menoch. *lib. 2. præsumpt. 3.* Faquineo *lib. 1. controuers. cap. 11.* vers. *Secundo intellige.* Dom. Lara *de vit. hom. cap. 20. num. 63.*

62 Fuera de que no se implican necessariamente los vnos, y otros derechos, pues es cosa llana que el heredero con beneficio de inuentario, como lo es la dicha doña Magdalena (que lo hizo antes de pedir la posseſsion) puede repetir, y proseguir tambien los demas derechos de acreedor, dote, y arras, y mitad de multiplicado, sin que se confundan las vnas acciones con las otras mediante el dicho beneficio: *leg. fin. §. in computatione. C. de iur. deliberand. leg. 8. tit. 6. Partit. 6.* & cum multis Authoribus notant, & explicant Carleual *lib. 3. disputat. 13.* Dom. Salgad. *in labyrinth. credit. part. 1. cap. 19. num. 26. & seqq.* Dom. Castillo *de aliment. cap. 30. num 47.* Con que no se embaraçò con las primeras pretensiones para introduzir despues la del testamento.

63 Sin que obste el transcurso de los pocos dias que passaron de la preuencion del abintestato à la diligencia sobre verificar la vltima voluntad, y pedir la posseſsion conforme à ella, y no hallo que aya ley que lo prescriua para dicho efecto, porque la que habla en el termino que se à de mostrar el testamento, procede con el albacea, y con el que lo tuuiere en su poder, que es la *ley 14. titul. 4. lib. 5. Recopilat.* y les concede vn mes de termino demas, que por la inspeccion de las fechas de vnos, y otros autos consta fue mucho menos tiempo el que passò desde los primeros pedimentos, hasta prouar la voluntad que el que se à ponderado, y que la detencion se originò de que el Ordinario Eclesiastico lo detuuo, y admitiò controuersia sobre ello, y no quiso dar licencia à los testigos Eclesiasticos para que dixessen en dicha informacion, y los examinò ante si, conformandose con la doctrina que trae Farinacio *de testib. quæst. 61. à nu. 57. cum seqq.*

64 Y en conclusion, por esta negligencia, ò omission en no publicar dentro del mes la vltima voluntad, no resulta invalidacion della, ni otra cosa alguna contra su firmeça para que se juzgue impedida, vt aduertit Flores Diaz de Mena

va-

variar. lib. 1. quæst. 1. num. 57. vers. Aduerte etiam. Con que no pueden aplicarse la regla de cùr tam diu tacuisti con las demas vulgares.

65 Fuera de que quando se pudiera ajustar que auia precedido implicacion en la propuesta de los derechos, todavia es menospreciable insistir en esta contradicion, pues nos hallamos en Tribunal tan superior, adonde no se repara en los apices de lo sustanciado, ni contradiciones que padecen las partes, y se juzga attenta veritate en conformidad de las *leyes 4. & 16. titul. 17. lib. 4. Recopilat.* Et in tantum procedit, que si ocurriere que esta se manifieste por informacion sumaria, no auiendo otro recurso, se podrà juzgar en su virtud, vt eleganter tenet Petr. Surd. *consil. 129. num. 6.*

66 Vltimamente, porque à la controuersia desta disposicion, y voluntad se à mezclado, y añadido por las otras partes la pretension repetida en otros juyzios, sobre dezir que doña Magdalena es deudora à esta herencia de cantidades recibidas, y bienes, y dineros subtraidos, sobre que han pretendido hazer, y extender larga prouança, tan varia, è incierta como la de lo antecedente, y donde aun los mismos testigos se culpan; como parece por sus deposiciones, serà necessario responder vel tantum vno verbo, que el dicho intento, demas de ser incierto, es intempestiuo, por que si se declara à doña Magdalena por heredera, no solo no se le puede pedir cosa, mas aun antes le tocarà à la sulodicha pedirlo, porque la accion *expilatæ hæreditatis pro bonis mobilibus surrebtis*, toca al heredero, *postquam missus est in possessionem hæreditariam*, y no à otro, *vt constat ex toto titul. ff. & C. de crimine expilatæ hæreditatis, leg. 21. titul. 14. Partit. 7.* y nunca se dà contra la muger *mortuo marito, leg. vxor, ff. eodem, leg. aduersus 4. C. illo titulo, leg. 5. tit. 2. Partit. 3.* Y en conclusion no ay cosa concluyente en dicha prouança.

67 Con que parece que por aora queda fundada la justicia de dicha vltima disposicion, y herencia en fauor de dicha doña Magdalena, y que à la vista de los señores que la han de determinar con la acostumbrada rectitud, y clemencia en causa tan fauorable de vltima voluntad de difunto, y à fauor de viuda, que se cuenta entre las personas mi-

se-

ſerables, ſe eſpera la mas fauorable, y ajuſtada determinacion, acomodando à tan graues prudentes Iuezes, y Miniſtros juſta, y propiamente las palabras del Iuriſconſulto *in leg. 1. ff. de officio Præfecti Prætorio*, ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob ſingularem induſtriam, explorata eorum fide, & grauitate, ad huius officij magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos eſſe, pro ſapientia, ac luce dignitatis ſuæ, quam ipſe foret iudicaturus.*

68 Et ita ſupplices petimus, & expectamus. Salva in omnibus T. S. D. C.

Lic. D. Luys Ordas y Carvajal.

Lic. D. Franciſco Merodio.

68 Et ita supplices petimus, & expectamus. Salva in omnibus T. S. D. C.

Lic. D. Luys Ordaz y Caruajal

Lic. D. Francisco Mendoza.